**Concepto 118109**

Bogotá, D.C. 15 JUL 2014

**ASUNTO: Radicado ID 33508 Retiro beneficios extralegales**

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta sobre la viabilidad del retiro de los beneficios extralegales en una empresa, para cuyos fines, esta Oficina se permite, de manera atenta, atender su interrogante, mediante las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta ya que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

En relación a la posibilidad que tiene el empleador de fijar pagos con el trabajador que no tengan el carácter de salario y partiendo de la consensualidad que caracteriza el contrato de trabajo, las partes (empleador y trabajador) están facultados para acordar las prerrogativas laborales que devengará el trabajador como contraprestación por la prestación de sus servicios. De allí que el empleador tenga la posibilidad de reconocer beneficios adicionales a los mínimos consagrados por la ley, y de desalarizar dichos beneficios, siempre que no se desconozcan los conceptos constitutivos de salario.

*La anterior facultad de pactar beneficios adicionales no constitutivos de salario, se desprende del texto del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, cuyo texto señala:*

*"ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los Mulos VIII y IX ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales„ de vacaciones, de servicios o de navidad."*

Se infiere de la norma citada que el concepto general de salario incluye toda contraprestación directa por el servicio, pero no forman parte del mismo ni las prestaciones sociales ni los demás emolumentos percibidos por el trabajador, cuando las partes han acordado expresamente que éstos no constituyen salario.

La Corte Constitucional en Sentencia C - 521 de 1995, mediante la cual declaró exequibles los apartes de los Artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990 frente al concepto de pagos no constitutivos de salario, en la parte considerativa, expresó:

*"Teniendo en cuenta las reformas hechas por la Ley 50 de 1990 a los arts. 127, 128, 129, 130 y 132 del C. S. T, la regla general es que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie corno contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las panel, ni los pagos que Se2:111 su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal\_ por el empleador, cuando por disposición \_empresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos con la liquidación de prestaciones sociales."*

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de febrero de 1993 (radicación 5481. Sección Segunda M.P. Hugo Suescún Pujols), al referirse a la interpretación de los Artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en' vigencia de la Ley 50 de 1990, expuso lo siguiente:

*"... Estas normas, en lo esencial siguen diciendo /o mismo bajo la nueva redacción de los Artículos 14 y 15 de ley 50 de 1990. puesto que dichos preceptos no disponen, corno pareciera daño a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por lo tanto constituye salario ya no lo es en virtud de la disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores. En efecto ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del Artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo fiara la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales indemnizaciones, etc)".*

*"Este entendimiento de la norma es el único Que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter. El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras Prestaciones o Indemnizaciones. Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serio".*

*Los diferentes pagos laborales que recibe el trabajador del empleador, clasificados en la aludida sentencia como salarios, descansos, prestaciones sociales, indemnizaciones y pagos no salariales tienen su fuente o causa en la relación laboral, a que da origen el vínculo jurídico que surge entre el trabajador y el empleador con ocasión del servicio subordinado que el primero realiza en favor de éste, aunque cada uno tenga su propia significación y respondan a objetivos diferentes, como la retribución directa por la actividad laboral, o la que cubre los riesgos inherentes al trabajo, o constituye un resarcimiento de los perjuicios irrogados al trabajador por la violación de sus derechos, o tiene el significado de una liberalidad o está destinada a facilitar la labor del trabajador, etc. Estima la Sala que es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como seria quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter.*

*Igualmente, dicha competencia se extiende a la determinación expresa respetando los referidos criterios y principios o deferida a la voluntad de las partes, de los pagos o remuneraciones que no constituyen salario para los efectos de la liquidación de prestaciones sociales. Esto último es particularmente admisible, dado que la existencia del contrato y de los acuerdos y convenios de trabajo como reguladores de las relaciones de trabajo es reconocida por la propia Constitución (art. 53), en cuanto no menoscaben la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.*

*La regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tienen plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por estas y la ley.*

*Con fundamento en lo anterior, se decidirá que los apartes de las normas que se acusan por el demandante son exequibles por no ser violatorios de las normas., que se invocan en la demanda ni de ningún otro precepto constitucional..."*

**De conformidad con las anteriores citas jurisprudenciales, el empleador puede reconocer voluntariamente emolumentos extralegales al trabajador que no constituyan factor salarial, como también puede quitarlos; bajo el entendido que dichos beneficios no retribuyen el servicio del trabajador ni desconocen los elementos constitutivos de salario expresamente señalados por la ley.**

**Así las cosas frente a lo consultado, la Oficina se permite concluir que la posibilidad o no de retirar los beneficios extralegales dependerá de lo pactado frente a la naturaleza de estos beneficios en el contrato de trabajo.**

Sobre el tema, la Sección Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de enero 27 de 1993 radicación 5273, señaló lo siguiente:

*"Derechos, beneficios y prestaciones extralegales creadas por el empleador. Pueden ser revocadas unilateralmente. Cuando un patrono o empleador reconoce unilateralmente un derecho, puede ser modificado o 'revocado por el mismo, en cualquier tiempo, pero si en ese interregno el trabajador reúne los requisitos y condiciones establecidas, no puede ser desconocido por el primero, sin que se vulneren los principios y normas tutelares del derecho de/trabajo"*

La presente consulta, se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

(Firma en el documento original)

**ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA**

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia de Seguridad Social Integral

Oficina Asesora Jurídica